



Papeles el tiempo de los derechos

Unas primeras reflexiones sobre la Ley general de derechos de las personas con discapacidad

Rafael de Asís

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras Clave: Discapacidad, Derechos Humanos, No Discriminación, Accesibilidad Universal.

Número: 12

Año: 2013

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)



Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)

No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.

Unas primeras reflexiones sobre la Ley general de derechos de las personas con discapacidad

Rafael de Asís

Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid

He señalado en reiteradas ocasiones que la incursión real de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos exige un cambio social y cultural y que este no se logra sólo con normas. El Derecho es necesario pero insuficiente. Se necesita utilizar la educación.

Pues bien, el 29 de noviembre de 2013, el Consejo de Ministros ha aprobado la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social. Se trata de un Decreto Legislativo que refunde la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Se cumple así el mandato de la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la redacción dada por la disposición final quinta de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios.

El nuevo texto es sin duda un avance en la lucha contra la discriminación de las personas que se encuentran en situación de discapacidad. Lo más positivo de la Ley es el lenguaje de derechos que utiliza y su carácter integral. Así, se habla, entre otros, del derecho a la libre toma de decisiones (art. 6); a la igualdad (arts. 7 y 63); a la protección de la salud (art. 10); a la educación (art. 18); a vivir de forma independiente y a participar plenamente en todos los aspectos de la vida (art. 22); al trabajo (art. 35), clasificado además los tipos de empleo; a unos servicios y prestaciones sociales que atiendan con garantías de suficiencia y sostenibilidad sus necesidades, dirigidos al desarrollo de su personalidad y su inclusión en la comunidad, incrementando su calidad de vida y bienestar social (art. 48); a la participación en la vida política y en los

procesos electorales (art. 53). Es de destacar igualmente, como se han encargado de recordar algunas de las principales organizaciones representativas de las personas con discapacidad, que la Ley sistematiza y ordena lo que, en un tema como este, resulta esencial.

Pero también es cierto que, en muchos aspectos, es una mera compilación de leyes anteriores (cuya compatibilidad con la Convención puede ser puesta en duda). Eso sí, de leyes que en muchos aspectos van por delante de la visión de la discapacidad socialmente imperante. Así, y en lo que se refiere a las normas jurídicas, el avance no es tan grande como el que podríamos esperar y, además, si se tiene en cuenta que aparece en un contexto en el que todo el sistema que protegía el derecho a la promoción de la autonomía personal (que en realidad se había quedado en un derecho de atención a la dependencia) se está desarmando, las perspectivas de su implementación real pueden llegar a ser escasas.

Y estas perspectivas pesimistas se confirman si nos centramos en tres aspectos de la nueva Ley que, de alguna manera, sirven para entender la concepción que se maneja de la discapacidad, de los derechos de las personas con discapacidad y de cómo deben ser las políticas públicas en esta materia. Concepción que, a pesar de estar más cercana al discurso de los derechos humanos que lo que puede estar la visión social (y política) mayoritaria de la discapacidad, sigue siendo insuficiente y sigue sin tomarse completamente en serio la inclusión de la discapacidad en ese discurso. Me referiré así a tres cuestiones que denominaré como el enfoque, las definiciones y la educación.

Sobre el enfoque

Esta cuestión tiene que ver con el enfoque general que se desprende de la propia consideración de la norma aprobada. Como ya he señalado, se trata de un Decreto Legislativo y, por tanto, no de una norma reservada para la regulación de los derechos. Y esto nos lanza la idea de que los derechos de las personas con discapacidad son derechos económicos, sociales y culturales o, siguiendo nuestra terminología constitucional, principios rectores de la política social y económica.

Pues bien, más allá de que si así lo fueran eso no debería hacernos negar su consideración como derechos humanos ni entender que se trata de derechos de segunda categoría, y con independencia de que la alusión a las personas con discapacidad en nuestra Constitución esté en el artículo 49 junto a los derechos sociales, hay que negar

rotundamente esa consideración. Los derechos de las personas con discapacidad pueden ser derechos individuales, civiles, políticos y económicos sociales y culturales (y no solo estos últimos).

La utilización de un Decreto Legislativo, por mucho que haga alusión a la Convención Internacional, es prueba de que no se considera estar regulando derechos fundamentales. Y podría pensarse que efectivamente la norma esté haciendo alusión sólo a derechos prestacionales (muchos de los derechos antes aludidos lo son). Sin embargo tampoco esto es así, ya que se habla en reiteradas ocasiones de la no discriminación, de la igualdad, etc... Más en concreto, el art. 1.a) de la Ley señala como objeto de ésta: “Garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España”.

La sensación por tanto es que no se tiene clara la normalidad de la situación de discapacidad y que se sigue manteniendo una visión alejada de la diversidad y cercana a la “especialidad”. Y esto se confirma si examinamos lo que llamaba como cuestión de las definiciones.

Sobre las definiciones

En los últimos años, se ha convertido en una práctica habitual de muchas normas el comenzar con una delimitación del significado de términos e instituciones que van a aparecer en el propio texto normativo. Pues bien, como ocurría ya en las normas que esta ley refunde, nos encontramos con algunas definiciones que delatan una comprensión de la discapacidad alejada de la Convención y del conocido como modelo social de la discapacidad. Me centraré en tres términos/institutos jurídicos: el principio de normalización, la definición de persona con discapacidad, y la accesibilidad universal y los ajustes razonables.

El apartado i) del artículo 2, entiende por normalización, “el principio en virtud del cual las personas con discapacidad deben poder llevar una vida en igualdad de condiciones, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de cualquier otra persona”. Así entendido (al no hacerse referencia alguna a la sociedad), el principio de normalización parece ser consecuencia de la propia persona con discapacidad, lo que podría llevarnos a entender que este principio lo que trata es de normalizarla. Y no olvidemos que la manera en la que se entiende el principio de normalización sirve para diferenciar dos de modelos históricos de tratamiento de la discapacidad: el modelo rehabilitador y el modelo social.

Así, para el modelo rehabilitador, el principio de normalización expresa la obligación de conseguir que la persona con discapacidad se integre en la sociedad, conseguir que supere sus deficiencias y pueda participar normalmente de la vida social. La normalización implica un cambio en la persona con discapacidad. Por su parte, para el modelo social, el principio de normalización expresa la necesidad de que la sociedad sea capaz de incluir la diversidad y por tanto la discapacidad. La normalización para este modelo implica cambio social (se normaliza a la sociedad).

Pues bien, la ley parece moverse en el primero de los sentidos, pero la Convención exige moverse en el segundo. Ciertamente, puede decirse que esta segunda concepción aparece si tenemos en cuenta que el apartado j) del artículo 2, se refiere a la inclusión en los siguientes términos: “es el principio en virtud del cual la sociedad promueve valores compartidos orientados al bien común y a la cohesión social, permitiendo que todas las personas con discapacidad tengan las oportunidades y recursos necesarios para participar plenamente en la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, y para disfrutar de unas condiciones de vida en igualdad con los demás”. Y tal vez podría entenderse que esto es así si no fuera por la manera en la que la Ley define a las personas con discapacidad (de la que me ocuparé inmediatamente) o si no fuera también por la manera en la que se regula lo que la ley denomina, en los artículos 13 y siguientes, como atención integral (procesos y medidas con un trasfondo de normalización a la manera del modelo rehabilitador).

El artículo 4 de la Ley, en su apartado primero, se refiere a las personas con discapacidad de una manera acorde, en líneas generales, con el modelo social, afirmando: “Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad,

en igualdad de condiciones con los demás”. No obstante, el precepto continua afirmando en su párrafo segundo: “Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”. De esta forma, se vuelve a definir a la persona con discapacidad por la posesión de una serie de rasgos no contextuales (esto es lo que se defiende desde el modelo rehabilitador), y no se concibe la discapacidad como una situación variable y dependiente del contexto (que es lo que se defiende desde el modelo social). Claro está que frente a lo anterior se puede alegar la necesidad de establecer criterios para el acceso a unas prestaciones y que de eso se trata cuando se plantea el 33 por ciento. Sin embargo, si es así no hay razón para incluirlo en la definición de persona con discapacidad (debiéndose llevar en todo caso al ámbito de las prestaciones concretas) y, además, como criterio para las prestaciones, debería adaptarse a las circunstancias concretas y a los diferentes contextos (la Ley sí que presta atención a las circunstancias concretas cuando se refiere a las medidas de acción positiva afirmando: “Las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos específicos para acceder a los mismos”).

Por su parte, el apartado k) de artículo 2, se refiere a la accesibilidad universal como “la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse”. Pues bien, lo primero que hay que subrayar (y criticar) es que no se refiere a ella como derecho sino como condición. Ciertamente, el artículo 3 la considera como un principio (no como un derecho), mientras que el artículo 22 vuelve a entenderla como condición cuando trata el derecho a vivir de forma independiente y a participar plenamente en todos los aspectos de la vida. Por su parte, el artículo 81, ya en la parte de infracciones y sanciones, se refiere a la accesibilidad como una exigencia.

Hace ya unos cuantos años, tuve la ocasión de publicar junto a un equipo de investigadores, un libro sobre la accesibilidad universal en el Derecho, en el que señalábamos la ausencia de una configuración jurídica de este instituto, defendiendo su consideración como verdadero derecho. Se trata de una configuración que tampoco ha sido utilizada por la Convención pero que es la que resulta más coherente con el lenguaje de los derechos y con la incursión de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos.

Por otro lado, la Ley relaciona, como no podría ser de otra forma, la accesibilidad con el diseño para todos y con los ajustes razonables. Estos últimos son definidos como, "las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos". Así, la falta de accesibilidad y la no realización de ajustes se entienden como una violación del derecho a la igualdad y por tanto como una discriminación.

Sin embargo, hay dos aspectos de esta regulación que no quedan suficientemente claros. Por un lado el juego entre accesibilidad y ajuste; por otro la cuestión de los límites a los ajustes.

Es común entender que los ajustes razonables son una herramienta contra la discriminación, no obstante esta figura no puede servir para corregir discriminaciones. He señalado en otro lugar que el diseño para todos puede encontrar en ocasiones limitaciones provenientes del progreso de la técnica o del conocimiento que provoquen la ausencia de accesibilidad de determinados bienes, productos y servicios. En estos supuestos la falta de accesibilidad no supone discriminación (al estar justificada, eso es, "no era posible el diseño para todos") y puede ser corregida mediante los ajustes (al estar relacionados esos bienes, productos y servicios con la participación en la vida social). Sin embargo si el incumplimiento del diseño para todos y por consiguiente la falta de accesibilidad carece de justificación (esto es, "si era posible el diseño para todos"), estamos ante un caso de discriminación y aquí no caben los ajustes. De ahí la importancia de una correcta interpretación de esta exigencia para que no se convierta en una válvula de escape a la obligación de accesibilidad o del diseño universal.

Y tampoco puede entenderse a los ajustes como un mecanismo de limitación de la accesibilidad. El artículo 66,2 de la Ley que comento señala: “a efectos de determinar si un ajuste es razonable, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.m), se tendrán en cuenta los costes de la medida, los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción, la estructura y características de la persona, entidad u organización que ha de ponerla en práctica y la posibilidad que tenga de obtener financiación oficial o cualquier otra ayuda”. Como es sabido, uno de los sentidos del término razonable tiene que ver con el rechazo de ciertas medidas que, aun siendo necesarias para el logro de la accesibilidad, dejan de estar justificadas al tenerse en cuenta otra serie de parámetros. Y entre estos parámetros destaca la exigencia de que el ajuste no suponga una carga desproporcionada o indebida.

Ahora bien, la proporcionalidad que se exige en los ajustes razonables no puede ser una válvula de escape de la exigencia de accesibilidad universal y convertirse en una estrategia que permita ocultar verdaderos casos de discriminación en el disfrute de los derechos o de discriminación por razón de discapacidad. Lo que quiero subrayar con ello es que el ajuste opera cuando la falta de accesibilidad está justificada pero que la denegación del ajuste puede variar esa justificación y convertir en discriminatoria dicha falta.

La carga desproporcionada tiene que ver con una posible colisión de la satisfacción de este derecho con los derechos de otros, o con una limitación de este derecho por circunstancias económicas. Pues bien, siendo consciente de que en este último caso finalmente podamos estar también en un caso de colisión de derechos, sí que me parece oportuno poner de manifiesto el alcance general que puede tener esta consideración dentro del discurso de los derechos.

La atención a la economía y a los costes de las medidas no es algo ajeno al discurso de los derechos. Ahora bien, creo importante destacar tres argumentos que deben estar presentes en toda reflexión sobre costes y derechos y que recientemente he recordado en otro lugar.

El primero de ellos tiene que ver con la importancia del discurso de los derechos. No estamos hablando de medidas para el bienestar de las personas (que también), sino de instrumentos para el desarrollo de una vida humana digna, de instrumentos que pretenden satisfacer necesidades o demandas de primer orden y que, en este sentido, deben prevalecer frente a otras.

El segundo se refiere al hecho de que no debemos pasar por alto que la economía es, también, un instrumento que, como tal, debe estar al servicio de los derechos y no éstos al servicio de la economía. No hay que olvidar que el modelo económico pretende basarse y justificarse también en los valores de la libertad, la dignidad, la igualdad... Y, obviamente, son estos los que justifican también al Estado.

El tercero está relacionado de nuevo con la importancia del discurso de los derechos y de los bienes que estos protegen y trata de subrayar como su satisfacción no es tarea exclusiva de los poderes públicos sino de todas las personas.

Sobre la educación

Como no podía ser de otra forma, la Ley se refiere a la educación. Y lo hace tomando como referencia un enfoque propio del discurso de los derechos al defenderse, en los artículos 16 y 18, el modelo de educación inclusiva. Por su parte, el artículo 18,1 establece que “las personas con discapacidad tienen derecho a una educación inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás”. De esta forma, la Ley recuerda que las personas con discapacidad tienen, como todas las personas, derecho a la educación.

Señalaba al comienzo la importancia de la educación para la correcta satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, lo hacía en un sentido distinto al que acabamos de ver reflejado en la Ley (que sin duda es también necesario).

La educación es importante porque permitirá entender la discapacidad como un ejemplo de la diversidad humana y como una situación en la que se encuentran las personas producida en muchas ocasiones por estructuras y hábitos sociales. Y en este sentido, es necesario llevar esta comprensión a los centros educativos y los programas de formación; es necesario formar a los docentes en esta consideración y que estos puedan transmitirla a los alumnos. Por eso, algo que le falta a la ley es incidir en esta dimensión que, por otro lado, está presente en la normativa educativa y es incumplida de manera reiterada.

Ciertamente, el artículo 20.d) establece que “se realizarán programas de sensibilización, información y formación continua de los equipos directivos, el profesorado y los profesionales de la educación, dirigida a su especialización en la atención a las necesidades educativas especiales del alumnado con discapacidad, de

modo que puedan contar con los conocimientos y herramientas necesarias para ello”. Pero tampoco me estoy refiriendo a esto (que de nuevo es también necesario). No se trata de formar en la especialidad sino en la normalidad y en la diversidad. Es absolutamente necesario que los profesionales de la educación adquieran habilidades para gestionar situaciones de discapacidad, pero también lo es que adquieran habilidades para transmitir y formar una manera de entender la discapacidad desde la normalidad.

Como se habrá observado, me he detenido sólo en algunas cuestiones que plantea la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social, y soy muy consciente de que dejo sin tratar otras de igual importancia como la asistencia personal (que se vuelve a dejar en el limbo) o la relación entre el derecho a vivir de forma independiente (artículo 22) y el derecho a la promoción de la autonomía personal (de la conocida como “Ley de Dependencia”, cuyo futuro, como señalé al comienzo, es más bien incierto, si es que se puede pensar que lo tenga).

También se habrá observado que me he centrado en las críticas que se pueden hacer a la Ley. No obstante, señalaba al comienzo que se trata de una ley que supone un pasito más en la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidad y que, además, sigue estando muy por delante de la percepción social de esta situación.